

Arbitragem Internacional sob Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e as Controvérsias Mistas: Análise de Casos Recentes*

International Arbitration under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea and the Mixed Disputes: Analysis of Recent Cases

Alexandre Pereira da Silva**

Resumo

Nos últimos anos, duas arbitragens internacionais constituídas com base no anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) — “Arbitragem sobre a Área Marinha Protegida de Chagos (Maurício *vs.* Reino Unido)” e “Arbitragem do Mar da China Meridional (Filipinas *vs.* China)” — parecem ter emitido sinais contraditórios sobre a jurisdição dessas cortes arbitrais para lidar com as disputas mistas, ou seja, aquelas controvérsias que envolvem questões de direito do mar, mas também aspectos de soberania territorial. Uma terceira arbitragem instituída sob o mesmo regime jurídico da CNUDM — “Disputa Relativa aos Direitos do Estado Costeiro no Mar Negro, Mar de Azov e Estreito de Kerch (Ucrânia *vs.* Rússia)” —, ainda em andamento, também apresenta características de uma disputa mista e, como as anteriores, terá que enfrentar o dilema se tem ou não jurisdição para analisar os pedidos formulados pelo Estado demandante. O problema central deste artigo, portanto, consiste em examinar como essas cortes arbitrais têm lidado com as disputas mistas. Para responder esse questionamento, o artigo empregou os métodos dedutivo e comparativo, por meio de pesquisa bibliográfica e análise de decisões arbitrais. Dessa forma, a contribuição original do presente trabalho constitui-se em apresentar e analisar as dificuldades enfrentadas pelas recentes arbitragens instituídas sob o anexo VII da CNUDM naqueles casos em que as questões de direito do mar e de soberania territorial estão diretamente associadas.

Palavras-chave: Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar. Arbitragem internacional. Anexo VII. Disputas Mistas. Jurisdição.

Abstract

In the past years, two international arbitrations instituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) — “Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius *v.* United Kingdom)” and “South China Sea Arbitration (The Philippines *v.* China)” —

* Recebido em 03/01/2019
Aprovado em 07/02/2019

** Professor e Pesquisador Associado no China Institute of Boundary and Ocean Studies, Wuhan University, Wuhan, China. Pós-Doutor em Direito pela Schulich School of Law, Dalhousie University, Halifax, Canadá. Email: alexandrepsilva@hotmail.com

seem to be delivered contradictory signs over the jurisdiction of these international tribunals to deal with mixed disputes, i.e., those controversies that concern with law of the sea, but also territorial sovereignty issues. A third arbitration instituted under the same legal regime of the UNCLOS — “Dispute Concerning Coastal States Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine *v.* Russian Federation)” —, still in progress, also presents aspects of a mixed dispute and, as the previous ones, will have to face the dilemma if it has or not jurisdiction to adjudge the pleadings of the demanding State. Therefore, the core problem of this article is to examine how these arbitral tribunals have dealt with mixed disputes. To answer this question, the article used the deductive and case study methods, through bibliographical research and arbitral decisions analysis. Thus, the original contribution of the present paper is to present and analyze the difficulties faced by recent arbitrations instituted under annex VII of the UNCLOS in those cases in which law of the sea and territorial sovereignty issues are directly linked.

Keywords: United Nations Convention on the Law of the Sea. International Arbitration. Annex VII. Mixed Disputes. Jurisdiction.

1 Introdução

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (‘CNUDM’ ou ‘Convenção’) criou um complexo sistema de solução de controvérsias referente à sua interpretação ou aplicação, estabelecendo procedimentos facultativos e obrigatórios para a resolução de litígios. A CNUDM também inovou ao prever a criação de um tribunal permanente, o Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM), que tem sede em Hamburgo. No entanto, além do TIDM, o mecanismo de solução de controvérsias da Convenção estabeleceu que outros órgãos adjudicantes também poderão ser escolhidos pelas partes para solucionar questões sobre sua interpretação ou aplicação: a Corte Internacional de Justiça, a arbitragem nos termos do anexo VII e a arbitragem especial nos termos do anexo VIII da Convenção.

Apesar da atuação do TIDM em diversos casos importantes nesses últimos vinte anos, é a arbitragem internacional, nos termos do anexo VII da Convenção, que vem lidando com algumas das questões mais po-

lêmicas sobre o direito do mar, em especial por causa do caráter “misto” de algumas dessas disputas, ou seja, litígios que envolvem questões de direito do mar, mas também aspectos de soberania territorial. E, essas disputas mistas suscitam o seguinte questionamento: podem as disputas mistas serem julgadas pelo mecanismo de solução de controvérsias criado pela CNUDM? De um lado, há aqueles que entendem que as questões sobre soberania territorial não são tratadas na Convenção e, portanto, estão excluídas dos seus procedimentos de solução de disputa. Em sentido contrário, há aqueles que argumentam que o mecanismo de solução de controvérsia da Convenção poderá ter jurisdição sobre um caso em que a soberania territorial é, apenas, acessória ou complementar ao objeto principal da disputa.

Mais do que apresentar o debate teórico, o objetivo primordial deste artigo é analisar essa questão a partir do exame de três casos recentes: a “Arbitragem sobre a Área Marinha Protegida de Chagos (Maurício *vs.* Reino Unido)”, a “Arbitragem do Mar da China Meridional (Filipinas *vs.* China)” e a “Disputa Relativa aos Direitos do Estado Costeiro no Mar Negro, Mar de Azov e Estreito de Kerch (Ucrânia *vs.* Rússia)”. As duas primeiras arbitragens já foram concluídas e parecem ter indicado sinais contraditórios quanto à possibilidade de decidir sobre as disputas mistas, enquanto a terceira, ainda, está em curso, mas, ao bifurcar a análise do caso, a corte arbitral sinalizou que o tema sobre as disputas mistas terá uma atenção especial.

O artigo está estruturado da seguinte maneira. O item 1 versa sobre o mecanismo de solução de controvérsias da CNUDM, destacando seus principais aspectos. O item 2 cuida das disputas mistas e da divergência doutrinária a respeito do fato de os órgãos adjudicantes da Convenção terem jurisdição sobre essas controvérsias. O item 3 analisa os três casos mencionados acima de forma separada, com especial atenção para a maneira como as disputas mistas foram consideradas pelas cortes arbitrais nos dois casos já encerrados e como a questão poderá ser tratada pela arbitragem ainda em andamento.

2 O mecanismo de solução de controvérsias da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar

A Parte XV da CNUDM, que versa sobre o mecanismo de solução de disputas, divide-se em três seções. A Seção 1 trata das disposições gerais, a Seção 2 dos procedimentos compulsórios conducentes a decisões obrigatórias, e a Seção 3 dos limites e exceções à aplicação da Seção 2. Outros dispositivos sobre solução de controvérsias também se encontram na Parte XI, que versa sobre as atividades de mineração marinha, e em cinco anexos da Convenção.¹

A Seção 1 (artigos 279-285) sintetiza os princípios, obrigações, direitos e liberdades dos Estados consolidados no direito internacional contemporâneo, em especial: a obrigação de solucionar as disputas por meios pacíficos (artigo 279), a livre escolha dos meios de resolução de controvérsias (artigo 280), a obrigação de trocar opiniões (artigo 283) e o direito de uma das partes de convidar a outra a submeter a disputa a conciliação não obrigatória (artigo 284). A Convenção não estipula a preferência de um meio de solução em detrimento dos demais.²

A Seção 2 (artigos 286-296) preceitua que, quando a controvérsia não tiver sido solucionada, a disputa poderá ser submetida a pedido de qualquer das partes envolvidas aos procedimentos compulsórios conducentes a decisões obrigatórias estabelecidos no artigo 287, que são: o Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM), a Corte Internacional de Justiça (CIJ), a arbitragem, nos termos do anexo VII, e a arbitragem especial, nos termos do anexo VIII, a menos que a disputa recaia em exceções especiais. Portanto, na ausência de um acordo especial ou de um tratado em separado entre as partes, o artigo 288.1 da Convenção rege a jurisdição desses quatro órgãos adjudicantes no sentido de que estes têm jurisdição sobre “qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção”.

A Seção 3 (artigos 297-299) dispõe sobre os limites

e as exceções à aplicação da Seção 2. Parte dessas exceções pode ser submetida ao mecanismo obrigatório do procedimento de conciliação nos termos da Seção 2 do Anexo V da Convenção (“conciliação obrigatória”), conduzindo a recomendações não obrigatórias para as partes, enquanto outra parte dessas exceções é terminantemente excluída dos procedimentos compulsórios (adjudicação, arbitragem ou conciliação), ainda que tais disputas continuem submetidas à Seção 1. Considera-se que os Estados aceitaram esses procedimentos compulsórios ao tornarem-se parte da CNUDM.³

Portanto, se as partes não conseguirem resolver a disputa por meios voluntários (Seção 1), a controvérsia deverá ser submetida, por iniciativa de qualquer das partes, aos procedimentos compulsórios estabelecidos na Seção 2. Somente aquelas controvérsias que recaiam nos limites e exceções previstos na Seção 3 não serão apreciadas pelo mecanismo de procedimentos obrigatórios.

Um passo importante no sistema estabelecido pela CNUDM é a escolha de um dos quatro procedimentos compulsórios conducentes a decisões obrigatórias. O primeiro listado no artigo 287 é o TIDM, possivelmente porque dos quatro é o que tem a jurisdição mais abrangente e também porque pode adotar medidas provisórias nos termos do artigo 290.5 e a pronta liberação das embarcações e das suas tripulações de acordo com o artigo 292, ambos da CNUDM. Na sequência, o artigo 287 indica a CIJ, que já proferiu diversas decisões sobre o direito do mar, contribuindo, de forma significativa, para o seu desenvolvimento jurisprudencial. Por fim, os dois tribunais arbitrais: o primeiro constituído em conformidade com o anexo VII e o segundo em conformidade com o anexo VIII (arbitragem especial). A escolha do procedimento pode decorrer da declaração escrita submetida pelo Estado ao assinar, ratificar ou aderir à Convenção ou em qualquer momento posterior.

O artigo 287.3 estipula que o “Estado-parte que é parte numa controvérsia não abrangida por uma declaração vigente deve ser considerado como tendo aceite a arbitragem, de conformidade com o anexo VII”. Se ambos os Estados-partes aceitarem o mesmo procedimento para a solução da disputa, esta deverá ser submetida a esse procedimento, “salvo acordo em contrário das

¹ SILVA, Alexandre Pereira da; PEREIRA, Mariana Yante Barrêto. “Fundos abutres” vs. Estados nacionais: soberania e atuação do Tribunal Internacional do Direito do Mar a partir do caso da fragata Libertad. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 147, 2013.

² KARAMAN, Ygor V. *Dispute Resolution in the Law of the Sea*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012. p. 6-7.

³ YEE, Sienho. The South China Sea Arbitration (The Philippines v. China): Potential Jurisdictional Obstacles or Objections. *Chinese Journal of International Law*, v. 13, p. 664, 2014.

partes” (artigo 287.4). Na hipótese de os Estados-partes não aceitarem o mesmo procedimento, a disputa “só poderá ser submetida a arbitragem, de conformidade com o anexo VII, salvo acordo em contrário das partes” (artigo 287.5). Quando nenhuma declaração é feita, a presunção recai sobre a arbitragem prevista no anexo VII. Em janeiro de 2019, das 168 Partes da CNUDM, apenas 48 submeteram declarações escritas nos termos do artigo 287.⁴

Por fim, a Seção 3 impõe limites e exceções à aplicação dos procedimentos compulsórios conducentes a decisões obrigatórias. O artigo 297.1 exclui as disputas relativas ao exercício por um Estado costeiro dos seus direitos e jurisdição na sua zona econômica exclusiva (ZEE), exceto em dois casos: i) disputas envolvendo o exercício da liberdade de navegação, sobrevoos ou ao direito de colocação de cabos e dutos submarinos por outro Estado na ZEE; e, ii) disputas sobre alegações de que um Estado costeiro atuou em violação das regras e normas internacionais específicas para proteção e preservação do meio ambiente marinho. O artigo 297.2 obriga, em termos gerais, o Estado a submeter suas controvérsias relacionadas à investigação científica marinha aos procedimentos da Seção 2, a menos que a disputa seja referente aos direitos e discricionariedades do Estado costeiro especificados nos artigos 246 e 253 da CNUDM. Por último, o artigo 297.3 obriga os Estados a submeterem as disputas sobre pesca aos procedimentos da Seção 2, salvo quando essas controvérsias versarem sobre os direitos soberanos do Estado costeiro relativos aos recursos vivos da sua ZEE ou ao exercício desses direitos, incluídos os seus poderes discricionários de fixar a captura permissível, a sua capacidade de captura, a atribuição de excedentes a outros Estados e as modalidades de condições estabelecidas nas suas leis e regulamentos de conservação e gestão. Em essência, o artigo 297 isenta os Estados de submeterem algumas categorias de disputas aos procedimentos obrigatórios sem que qualquer espécie de declaração seja feita.⁵

Já o artigo 298 da Convenção elenca três tipos de disputas que os Estados podem excluir por declaração

escrita de um ou mais dos procedimentos estabelecidos na Seção 2: i) as controvérsias relativas à interpretação ou aplicação dos artigos 15, 74 e 83 referentes à delimitação de zonas marítimas, ou às baías ou títulos históricos; ii) as controvérsias relativas a atividades militares ou atividades de aplicação da lei pelo Estado costeiro referentes à pesca e investigação científica marinha em áreas sob sua jurisdição; e, iii) as controvérsias a respeito das quais o Conselho de Segurança das Nações Unidas esteja a exercer as funções que lhe são conferidas pela Carta das Nações Unidas.⁶

As disputas excluídas pelo artigo 297 ou excetuadas pelo artigo 298 dos procedimentos de solução de controvérsias previstos na Seção 2 poderão ser submetidas a tais procedimentos “por acordo das partes na controvérsia”. De qualquer forma, as partes estão livres para anuírem a um outro procedimento para a solução da controvérsia ou para chegarem a uma solução amigável (artigo 299).

3 As disputas mistas no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e na doutrina internacionalista

O mecanismo de solução de controvérsias da Parte XV trata de qualquer disputa sobre “a interpretação ou aplicação da presente Convenção” (artigo 288.1). Portanto, os quatro órgãos adjudicantes mencionados no artigo 287 não podem analisar questões que se baseiem, apenas, em violações do direito internacional consuetudinário ou que decorram de outros tratados internacionais, a menos que esses tratados estejam relacionados com os objetivos da CNUDM e que a disputa seja submetida aos órgãos adjudicantes da Convenção nos termos desses tratados (artigo 288.2).⁷

No entanto, diversas disputas não se restringem apenas a questões de direito do mar, mas envolvem outros assuntos; por exemplo, questões referentes à delimitação marítima muitas vezes também envolvem disputas

⁴ UNITED NATIONS. United Nations Treaty Collection. *Status of Treaties*. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en. Acesso em: 3 jan. 2019.

⁵ KARAMAN, Ygor V. *Dispute Resolution in the Law of the Sea*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012. p. 9-10.

⁶ RAO, Patibandla Chandrasekhara. Law of the Sea, Settlement of Disputes. *Max Planck Encyclopedia of International Law*. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/home/epil>. Acesso em: 3 jan. 2019.

⁷ PROELSS, Alexander. The Limits of Jurisdiction *Ratione Materiae* of UNCLOS Tribunals. *HitoSubashi Journal of Law and Politics*, v. 46, p. 50, 2018.

sobre a soberania de determinada ilha que pode gerar direitos na área em disputa. Essas controvérsias são chamadas de mistas, ou seja, “*cases in which a maritime dispute involves the concurrent consideration of any dispute concerning sovereignty or other rights over continental or insular land territory*”.⁸

Essas controvérsias mistas representam um desafio adicional ao sistema criado na CNUDM. Se as partes acordam em submeter essa disputa mista de comum acordo a uma terceira parte, elas podem escolher a CIJ, a arbitragem ou um outro mecanismo sem qualquer relação com as disposições da CNUDM. De igual forma, nada impede que as partes envolvidas acordem em submeter essa disputa mista ao TIDM ou a arbitragem nos termos do anexo VII da CNUDM. Entretanto, questão muito diferente e complicada é quando uma das partes decide submeter, de modo unilateral, essa disputa mista a um dos procedimentos estabelecidos na Seção 2 da Parte XV da Convenção.⁹

Pode-se afirmar que as disputas territoriais “puras” estão excluídas do âmbito jurisdicional dos órgãos adjudicantes da Convenção. Mas, como a CNUDM é silente sobre as disputas mistas a doutrina internacionalista, divide-se em dois grandes entendimentos.

De um lado, há aqueles que entendem que os órgãos adjudicantes da CNUDM não têm jurisdição sobre as disputas mistas, visto que as questões sobre soberania territorial não são tratadas na Convenção e não parece existir qualquer indicação de que a adesão à Convenção acarrete o consentimento para julgar disputas sobre soberania territorial.¹⁰ Nesse sentido, Buga também assevera que o silêncio da Convenção sobre as questões territoriais não contribui para o entendimento de que os órgãos adjudicantes da CNUDM tenham jurisdição

sobre o assunto.¹¹

Em sentido contrário há aqueles que consideram que as disputas mistas recaem, integralmente, na jurisdição dos órgãos adjudicantes da Convenção. Em um controverso discurso, o então presidente do TIDM Wolfrum afirmou que, com base no princípio da efetividade, o órgão adjudicante da Convenção deve cumprir a sua função primordial, acrescentando que: “[...] *it may be noted that the competence of the Tribunal, or any other court or tribunal, to deal with the main claim that maritime delimitation be effected according to articles 15, 74 or 83 includes the associated question of delimitation over land or islands. It is apparent that maritime boundaries cannot be determined in isolation without reference to territory*”.¹²

Por isso, em razão do silêncio da Convenção sobre as disputas mistas e de opiniões divergentes na doutrina internacionalista sobre a capacidade dos órgãos judicantes da CNUDM para julgar essas controvérsias, um elemento fundamental para o Estado demandante frente a uma disputa mista é como caracterizá-la para o órgão adjudicante, ou seja, tentar enquadrar a controvérsia nos limites da “interpretação ou aplicação da Convenção” e, se não for possível evitar totalmente a menção à questão da soberania territorial, apresentá-la, apenas, como acessória ou complementar ao objeto principal da disputa. Afinal, em razão do princípio da *kompetenz-kompetenz*, “em caso de controvérsia sobre jurisdição de uma corte ou tribunal, a questão será resolvida por decisão dessa corte ou tribunal” (artigo 288.4).

Proelss entende que, de um lado, não é adequado atribuir um peso decisivo ao enquadramento da disputa apresentado pelo Estado demandante, já que dessa maneira estaria nas mãos do demandante estabelecer a jurisdição do órgão adjudicante nos termos do artigo 288.1 da Convenção. Por outro lado, a simples justificativa por parte do Estado demandado de que a disputa envolve questões de soberania territorial — excluindo, assim, a jurisdição dos órgãos adjudicantes da Convenção — possibilitaria ao demandado bloquear a atuação

⁸ WOLFRUM, Rüdiger. *Statement by the President of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Informal Meeting of Legal Advisers of Ministers Foreign Affairs*. New York, 23 October 2006. Disponível em: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/legal_advisors_231006_eng.pdf. Acesso em: 3 jan. 2019.

⁹ OXMAN, Bernard H. Courts and Tribunals: The ICJ, ITLOS, and Arbitral Tribunals. In: ROTHWELL, Donald R.; OUDE ELFERINK, Alex G.; SCOTT, Karen N.; STEPHENS, Tim (ed.). *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 400.

¹⁰ OXMAN, Bernard H. Courts and Tribunals: The ICJ, ITLOS, and Arbitral Tribunals. In: ROTHWELL, Donald R.; OUDE ELFERINK, Alex G.; SCOTT, Karen N.; STEPHENS, Tim (ed.). *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 400.

¹¹ BUGA, Irina. Territorial Sovereignty Issues in Maritime Disputes: A Jurisdictional Dilemma for Law of the Sea Tribunals. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 27, p. 67, 2012.

¹² WOLFRUM, Rüdiger. *Statement by the President of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Informal Meeting of Legal Advisers of Ministers Foreign Affairs*. New York, 23 October 2006. Disponível em: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/legal_advisors_231006_eng.pdf. Acesso em: 3 jan. 2019.

desses órgãos.¹³

A partir dessas considerações, Proelss faz três observações com relação aos limites jurisdicionais dos órgãos adjudicantes da CNUDM sobre as disputas mistas. Em primeiro lugar, contanto que a disputa seja predominantemente sobre a interpretação ou aplicação da Convenção, as questões territoriais relacionadas à controvérsia não constituem automaticamente um obstáculo à jurisdição dos órgãos adjudicantes da CNUDM. Em segundo lugar, se não houver um vínculo inseparável entre, de um lado, a interpretação ou aplicação da Convenção e, por outro lado, as questões territoriais pertinentes, esta não poderá ser analisada por um dos órgãos adjudicantes da CNUDM. E, em terceiro lugar, se for uma disputa mista, não há outra opção para o órgão adjudicante da CNUDM a não ser determinar o peso relativo da questão territorial na disputa. Ainda que isso possibilite uma ampla margem discricional ao órgão adjudicante, o ponto central da disputa deverá, claramente, recair na interpretação ou aplicação da Convenção para que esse órgão tenha jurisdição com fundamento no artigo 288.1 da CNUDM.¹⁴

Como será discutido no item seguinte, é exatamente essa margem discricional que o órgão adjudicante tem para definir onde recai o ponto central da disputa que acirra ainda mais o debate sobre a atuação desses órgãos nas disputas mistas. Além disso, o entendimento de que as cortes arbitrais têm jurisdição sobre questões relativas à soberania, desde que estas sejam apenas “acessórias” e não constituam “o próprio objeto” da disputa, acrescentou novos elementos ao debate.

4 Análise de três casos recentes

Essa parte do artigo analisará três arbitragens constituídas nos termos do anexo VII da CNUDM. Um aspecto comum a elas é o caráter misto da disputa, envolvendo questões de direito do mar, mas também com um considerável aspecto de soberania territorial. Em termos cronológicos os casos são os seguintes: “Arbitragem sobre Área Marinha Protegida de Chagos (Maurí-

cio *vs.* Reino Unido)”, interposta em dezembro de 2010 e laudo arbitral conhecido em 18 de março de 2015; “Arbitragem do Mar da China Meridional (Filipinas *vs.* China)”, iniciada em 22 de janeiro de 2013 e laudo arbitral divulgado em 12 de junho de 2016; e, “Disputa Relativa aos Direitos do Estado Costeiro no Mar Negro, Mar de Azov e Estreito de Kerch (Ucrânia *vs.* Rússia)”, interposta em 16 de setembro de 2016, ainda pendente de decisão de jurisdição e admissibilidade.¹⁵

4.1 Arbitragem sobre a Área Marinha Protegida de Chagos (Maurício *vs.* Reino Unido)

Em 20 de dezembro de 2010, a República de Maurício, nos termos do artigo 287 e do artigo 1º do Anexo VII da CNUDM, iniciou um procedimento arbitral referente ao estabelecimento pelo Reino Unido de uma área marinha protegida (AMP) ao redor do arquipélago de Chagos — situado na região de Maurício e reivindicado como parte do seu território —, mas atualmente administrado pelo Reino Unido como *British Indian Ocean Territory*.¹⁶

O histórico da disputa em torno do arquipélago de Chagos inicia-se com o processo de descolonização de Maurício. Chagos era parte integrante da então colônia

¹³ A Corte Permanente de Arbitragem (PCA, na sigla em inglês), com sede em Haia, atua como secretária de registros nos três casos.

¹⁴ A República de Maurício indicou o então juiz do TIDM Rüdiger Wolfrum (Alemanha), enquanto o Reino Unido indicou o então juiz da CIJ Christopher Greenwood (Reino Unido). Em março de 2011, o juiz-presidente do TIDM nomeou os demais membros: os juízes do TIDM James Kateka (Tanzânia) e Albert Hoffmann (África do Sul), além do professor Ivan Shearer (Austrália), que atuou como presidente da corte arbitral. Maurício questionou a indicação do juiz Greenwood argumentando que essa era incompatível com os princípios da independência e imparcialidade, já que o juiz Greenwood tinha realizado serviços para o *Foreign and Commonwealth Office* e ainda mantinha relações estreitas com o órgão. Em decisão de 30 de novembro de 2011 a corte arbitral decidiu manter o juiz Greenwood como membro da corte arbitral. Coincidência, ou não, anos depois em 2017 no momento da escolha dos juízes para a CIJ a Índia lançou um candidato contra a reeleição de Greenwood. Depois de semanas de impasse, o juiz Greenwood desistiu da sua candidatura, possibilitando a eleição do indiano Dalveer Bhandari para o cargo de juiz da CIJ, quebrando, assim, uma “regra não escrita” existente desde o estabelecimento da CIJ que sempre tivera tido juízes dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas. PCA Case no. 2011-03. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011.

¹³ PROELSS, Alexander. The Limits of Jurisdiction *Ratione Materiae* of UNCLOS Tribunals. *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, v. 46, p. 55, 2018.

¹⁴ PROELSS, Alexander. The Limits of Jurisdiction *Ratione Materiae* of UNCLOS Tribunals. *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, v. 46, p. 55-56, 2018.

britânica de Maurício até 1965, mas poucos meses antes da independência do país em 12 de março daquele ano foi separado de Maurício pelo Reino Unido. Como compensação pela separação, o Reino Unido assegurou entre outras coisas que: os direitos de pesca nas águas ao redor de Chagos permaneceriam com Maurício, na medida do possível; que Chagos seria devolvido quando não fosse mais necessário para fins de defesa; e, que as eventuais descobertas de petróleo e minerais na região de Chagos seriam preservadas para Maurício. Em decorrência da separação, os habitantes originários de Chagos foram removidos do arquipélago e a ilha de Diego Garcia, a maior de Chagos, foi cedida aos Estados Unidos para ser uma base militar. Pelo menos a partir dos anos 1980, Maurício passou a reivindicar soberania sobre o arquipélago de Chagos.^{17 18}

Em 2009, o Reino Unido iniciou estudos para o estabelecimento de uma AMP nas águas ao redor de Chagos, em que todo tipo de pesca seria proibido. Após um breve período de discussões entre representantes dos dois países, em abril de 2010, o Reino Unido criou a *Chagos Marine Protected Area*, uma AMP de proteção integral que cobre 640.000 km², abrangendo cerca de 70 ilhas e sete atóis da região.¹⁹

Como reação, em dezembro de 2010, Maurício solicitou a criação de um procedimento arbitral com base no anexo VII da CNUDM submetendo os seguintes pedidos: i) o Reino Unido não tem direito de estabelecer uma AMP ou outras zonas marítimas na região de Chagos porque não é o “Estado costeiro” nos termos dos artigos 2, 55, 56 e 76 da Convenção; ii) tendo em conta

os compromissos assumidos com Maurício referentes ao arquipélago de Chagos, o Reino Unido não tem o direito de declarar unilateralmente uma AMP ou outras zonas marítimas, já que os direitos como “Estado costeiro” nos termos dos artigos 56.1(b)(iii) e 76.8 da CNUDM e outros dispositivos relacionados pertencem a Maurício; iii) o Reino Unido não deve tomar medidas que impeçam a Comissão de Limites da Plataforma Continental (CLPC) de fazer recomendações a Maurício com relação a qualquer submissão integral que Maurício possa futuramente apresentar à CLPC referente ao arquipélago de Chagos nos termos do artigo 76 da CNUDM; e, iv) o estabelecimento pelo Reino Unido da AMP de Chagos é incompatível com diversos dispositivos da CNUDM (artigos 2, 55, 56, 63, 64, 194 e 300), bem como com o artigo 7º do Acordo sobre Populações de Peixes Transzonais e Altamente Migratórios (1995).²⁰

Ciente dos obstáculos jurisdicionais da corte arbitral para analisar pleitos que versam sobre soberania territorial, os representantes de Maurício procuraram enquadrar os quatro pedidos na “interpretação e aplicação da Convenção”. Assim, para Maurício a questão central da disputa não era se o Reino Unido tinha soberania sobre Chagos, mas se o Reino Unido, nos termos da CNUDM, era o “Estado costeiro” e, portanto, competente para agir dessa forma.²¹

Na réplica, o Reino Unido argumentou que a corte arbitral não tinha jurisdição sobre os pedidos formulados por Maurício, já que estes versavam sobre a disputa em torno da soberania do arquipélago de Chagos, afirmando, ainda, que a soberania sobre Chagos constituía “*the real issue in the case*”.²² Ainda na contestação, o Reino

¹⁷ LOW, Jocelyn Chan. The making of the Chagos Affair: myths and reality. In: EVERS, Sandra J. T. M.; KOOY, Marry (ed.). *Eviction from the Chagos Islands: Displacement and Struggle for Identity Against Two World Powers*. Leiden: Brill, 2011. p. 61-66.

¹⁸ A separação de Chagos suscitou outros dois procedimentos em cortes internacionais. O primeiro, em dezembro de 2004, foi a ação interposta na Corte Europeia de Direitos Humanos (*Chagos Islanders v. United Kingdom*) por habitantes originários de Chagos e seus descendentes que denunciavam graves violações da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Individuais (1950) ocorridas entre os anos de 1967 e 1973; em dezembro de 2013, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou o pedido inadmissível. O segundo, em junho de 2017, quando o Secretário-Geral das Nações Unidas, atendendo decisão da Assembleia Geral das Nações Unidas, solicitou da Corte Internacional de Justiça um parecer consultivo sobre a questão (*Legal Consequences of the separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*), ainda em análise em janeiro de 2019.

¹⁹ DE SANTO, E. M.; JONES, P. J. S.; MILLER, A. M. M. Fortress Conservation at Sea: A Commentary on the Chagos Marine Protected Area. *Marine Policy*, v. 35, p. 258, 2011.

²⁰ PCA. *PCA Case no. 2011-03*. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Award, 18 March 2015, para. 158.

²¹ QU, Wensheng. The Issue of Jurisdiction Over Mixed Disputes in the Chagos Marine Protection Area Arbitration and Beyond. *Ocean Development & International Law*, v. 47, n. 1, p. 42-43, 2016.

²² PCA. *PCA Case no. 2011-03*. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Award, 18 March 2015, para 164. Como objeção preliminar o Reino Unido havia solicitado que a corte arbitral bifurcasse o caso, ou seja, que antes de prosseguir no exame de mérito a corte arbitral julgasse preliminarmente e em separado a questão da jurisdicionalidade. Em 15 de janeiro de 2013, a corte arbitral decidiu que a objeção preliminar de jurisdição seria

Unido afirmou que uma AMP é basicamente uma medida protetiva dos recursos da pesca e que o artigo 297.3 da CNUDM exclui as disputas sobre pescas de qualquer procedimento compulsório da Convenção.

Por maioria, a corte arbitral considerou que não tinha jurisdição para examinar os dois primeiros pedidos de Maurício. Em relação ao terceiro pedido, por unanimidade, a corte arbitral entendeu que não havia disputa entre partes no tocante a futuras submissões à CLPC e, portanto, não examinaria tal pedido. No tocante ao quarto pedido, também por unanimidade, a corte arbitral considerou que tinha jurisdição para analisá-lo.

A corte arbitral entendeu que os dois primeiros pedidos de Maurício estavam relacionados à questão da soberania:

[...] the Tribunal evaluates where the weight of the Parties' dispute lies. In carrying out this task, the Tribunal does not consider that its role is limited to parsing the precise wording chosen by Mauritius in formulating its submission. On the contrary, the Tribunal is entitled, and indeed obliged, to consider the context of the submission and the manner in which it has been presented in order to establish the dispute actually separating the Parties. Again, the Tribunal finds that the Parties' underlying dispute regarding sovereignty over the Archipelago is predominant. The question of the "coastal State" [...] remains merely an aspect of this larger dispute.²³

Por outro lado, a corte arbitral entendeu que poderia ter jurisdição sobre o caso se a questão da soberania territorial fosse acessória à controvérsia sobre interpretação ou aplicação da Convenção, mas essa hipótese não era o que acontecia no caso em tela:

The Tribunal does not categorically exclude that in some instances a minor issue of territorial sovereignty could indeed be ancillary to a dispute concerning the interpretation or application of the Convention. That, however, is not this case, and the Tribunal therefore has no need to rule upon the issue. The Parties' dispute regarding sovereignty

considerada no processo sobre o mérito, rejeitando dessa forma a bifurcação do caso. PCA Case no. 2011-03. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Procedural Order no. 2 (Application to Bifurcate Proceedings), 15 January 2013.

²³ PCA. PCA Case no. 2011-03. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Award, 18 March 2015, para. 229.

over the Chagos Archipelago does not concern the interpretation or application of the Convention.²⁴

Como mencionado anteriormente, a decisão da corte arbitral de rejeitar os dois primeiros pedidos de Maurício foram por maioria. Os juízes Kateka e Wolfrum divergiram da abordagem sobre como caracterizar a disputa, considerando que, com base na jurisprudência da CIJ, três aspectos devem ser observados: i) que cabe à própria corte arbitral caracterizar a disputa entre as partes; ii) fazendo-o de forma objetiva, "*giving particular attention to the formulation of the dispute chosen by the Applicant by examining the position of both parties*", examinando as posições de ambas as partes; e, iii) distinguir entre o próprio litígio e os argumentos apresentados pelas partes.²⁵

Um outro aspecto importante do pedido de Maurício que os membros da corte arbitral tiveram que enfrentar foi a proposição de uma interpretação *a contrario sensu* do artigo 298.1(a)(i). Para Maurício, visto que a cláusula final do artigo 298.1(a)(i)²⁶ declara expressamente que as disputas relativas à soberania sobre um território continental ou insular estão excluídas da conciliação obrigatória, desde que seja realizada uma declaração nos termos desse artigo, uma leitura *a contrario sensu* desse dispositivo poderia levar a um entendimento de que, na ausência de tal declaração, a disputa relativa à soberania ou disputa mista recai no escopo jurisdicional dos procedimentos obrigatórios da Convenção.²⁷

²⁴ PCA. PCA Case no. 2011-03. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Award, 18 March 2015, para. 221.

²⁵ PCA. Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom), Dissenting and Concurring Opinion. Judge James Kateka and Judge Rüdiger Wolfrum, para. 5.

²⁶ O artigo 298.1(a)(i) dispõe que: "1. Ao assinar ou ratificar a presente Convenção ou a ela aderir, ou em qualquer outro momento ulterior, um Estado pode, sem prejuízo das obrigações resultantes da seção 1, declarar por escrito não aceitar um ou mais dos procedimentos estabelecidos na seção 2, com respeito a uma ou várias das seguintes categorias de controvérsias: a) i) As controvérsias relativas à interpretação ou aplicação dos artigos 15, 74 e 83 referentes à delimitação de zonas marítimas, ou às baías ou títulos históricos, com a ressalva de que o Estado que tiver feito a declaração, quando tal controvérsia surgir depois da entrada em vigor da presente Convenção e quando não se tiver chegado a acordo dentro de um prazo razoável de negociações entre as partes, aceite, a pedido de qualquer parte na controvérsia, submeter a questão ao procedimento de conciliação nos termos da seção 2 do anexo V, além disso, fica excluída de tal submissão qualquer controvérsia que implique necessariamente o exame simultâneo de uma controvérsia não solucionada relativa à soberania ou outros direitos sobre um território continental ou insular".

²⁷ PCA Case no. 2011-03. In the matter of the Chagos Marine Pro-

A possibilidade de uma interpretação *a contrario sensu* do artigo 298.1(a)(i) é uma questão controversa. Doutrinadores como Rao defendem que esse dispositivo claramente sugere que, no caso de uma ausência de declaração nos termos do artigo 298 da CNUDM, qualquer um dos órgãos adjudicantes mencionados no artigo 287 é competente para lidar com questões que versem sobre delimitação marítima, ainda que envolvam aspectos de disputas mencionados nesse dispositivo.²⁸

A corte arbitral não enfrentou diretamente a questão, considerando apenas que:

[...] at most, an a contrario reading of the provision supports the proposition that an issue of land sovereignty might be within the jurisdiction of a Part XV court or tribunal if it were genuinely ancillary to a dispute over a maritime boundary or a claim of historic title”.²⁹

Para Qu, a corte arbitral poderia ter ido mais longe e rejeitado, integralmente, o argumento de Maurício.³⁰ No entanto, a corte arbitral limitou-se a considerar que a disputa no caso concreto não envolvia delimitação marítima ou reivindicação de títulos históricos.

4.2 Arbitragem do Mar da China Meridional (Filipinas vs. China)

Em 22 de janeiro de 2013, as Filipinas instituíram o procedimento arbitral contra a China nos termos do anexo VII da Convenção. As reivindicações das Filipinas podem ser resumidas a dois aspectos centrais: i) que a corte arbitral declarasse com relação as zonas marítimas (mar territorial, zona contígua, zona econômica exclusiva e plataforma continental) tanto os direitos da China como os das Filipinas, nos termos previstos

pela CNUDM, no Mar da China Meridional; e, ii) que a corte arbitral declarasse que as reivindicações marítimas da China baseadas na linha dos nove traços violavam e eram contrárias às regras previstas na CNUDM. Sob essa segunda reivindicação, estava ainda abrangido o reconhecimento de que a China não dispunha de “direitos históricos” sobre as águas, o leito e o subsolo marinho que estão inseridos na linha dos nove traços que estejam além dos limites dispostos na CNUDM.^{31 32}

No tocante à soberania, as Filipinas anuíram que existia uma disputa com a China sobre a soberania de diversas características marítimas no Mar da China Meridional e reconheceram também que as “*disputes with China in the South China Sea have more than one layer*”. No entanto, as Filipinas consideravam que isso era totalmente irrelevante para a jurisdição da corte arbitral, já que “[n]one of [the Philippines] submissions require the Tribunal to express any view at all as to the extent of China’s sovereignty over land territory, or that of any other state”.³³

A China rejeitou participar de qualquer ato ligado à arbitragem. Em dezembro de 2014, a China publicou o “Documento da República Popular da China com relação ao tema da jurisdição na arbitragem do Mar da China Meridional iniciada pela República das Filipinas”³⁴,

³¹ SILVA, Alexandre Pereira da. Aspectos jurídicos e políticos das disputas no Mar da China Meridional. In: LIMA, Marcos Costa (org.). *Perspectivas Asiáticas*. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2016. p. 292-293.

³² As Filipinas indicaram um dos árbitros, Rüdiger Wolfrum. O então presidente do TIDM Shunji Yanai (Japão) indicou os demais: Jean-Pierre Cot (França), Stanislaw Pawlak (Polônia), Alfred Soons (Países Baixos) e Chris Pinto (Sri Lanka, presidente). Pinto posteriormente renunciou ao cargo, sendo substituído pelo ex-juiz do TIDM Thomas Mensah (Gana), que também presidiu os trabalhos da corte arbitral. Como apontado por Tzeng, embora a corte arbitral tenha sido constituída de acordo com os termos do anexo VII da CNUDM não se deve ignorar o fato de que foi um juiz japonês — e o antagonismo entre a China e o Japão não é segredo — quem indicou os demais membros, sendo quatro dos cinco europeus, sugerindo que a corte arbitral não estaria em condições de examinar outras perspectivas de direito internacional. Além disso, é preciso considerar o próprio viés notadamente pró-jurisdicional do juiz Wolfrum. TZENG, Peter. *Ukraine v. Russia and Philippines v. China: Jurisdiction and Legitimacy*. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 46, n. 1, p. 17-18, 2017.

³³ PCA. *PCA Case no. 2013-19*. In the matter of an arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People’s Republic of China, Award on Jurisdiction and Admissibility, 29 October 2015, para. 141.

³⁴ CHINA. *Position Paper of the Government of the People’s Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration Initiated by the Republic of the Philippines*. Disponível em: http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1217147.shtml. Acesso em:

tected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Award, 18 March 2015, para. 218.

²⁸ RAO, Patibandla Chandrasekhara. *Law of the Sea, Settlement of Disputes*. *Max Planck Encyclopedia of International Law*. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/home/epil>. Acesso em: 3 jan. 2019.

²⁹ PCA Case no. 2011-03. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Award, 18 March 2015, para. 218-219.

³⁰ QU, Wensheng. The Issue of Jurisdiction Over Mixed Disputes in the Chagos Marine Protection Area Arbitration and Beyond. *Ocean Development & International Law*, v. 47, n. 1, p. 45-46, 2016.

ratificando sua posição de que a corte arbitral não tinha jurisdição para considerar as questões suscitadas pelas Filipinas. Registrou, ainda, de maneira clara, que o documento não podia ser considerado como uma aceitação ou uma participação da China na mencionada arbitragem. A posição da China pode ser sintetizada em três pontos: i) a essência do objeto da arbitragem é a soberania territorial de várias características insulares no Mar da China Meridional, questão que está além do escopo da CNUDM, já que o sistema de controvérsia previsto é somente sobre “interpretação ou aplicação da Convenção”; ii) China e Filipinas acordaram, por meio de instrumentos bilaterais e da “Declaração de Conduta das Partes no Mar da China Meridional”, em resolver suas disputas através de negociações. Ao iniciar, de maneira unilateral, a arbitragem, as Filipinas violavam compromissos de direito internacional; e, iii) mesmo que fosse admitido que o objeto da arbitragem recaísse sobre a interpretação ou aplicação da CNUDM, este consistiria, em última análise, na delimitação marítima entre os dois países e, conseqüentemente, recairia sobre a declaração no âmbito do artigo 298 da CNUDM feita pela China em 2006, depositada junto à ONU, que exclui questões de delimitação marítima da arbitragem obrigatória e outros procedimentos obrigatórios de resolução de disputas.³⁵

Diferentemente do que ocorrera na “Arbitragem da Área Marinha Protegida de Chagos”, aqui a corte arbitral seguiu um caminho diferente, optando pela bifurcação do caso, ou seja, a fim de estabelecer se tinha ou não jurisdição nos termos do artigo 288.1 para analisar a admissibilidade dos pedidos das Filipinas, em especial se algum (ou mais de um) tratava sobre soberania territorial, a corte arbitral convocou uma audiência para examinar o tema e, posteriormente, em 29 de outubro de 2015, a corte arbitral divulgou o laudo arbitral sobre jurisdição e admissibilidade.³⁶

3 jan. 2019.

³⁵ Em 25 de agosto de 2006, a China depositou junto ao Secretário-Geral da ONU a seguinte declaração, em conformidade com o artigo 298 da CNUDM: “*The Government of the People’s Republic of China does not accept any of the procedures provided for in Section 2 of Part XV of the Convention with respect to all the categories of disputes referred to in paragraph 1(a)(b) and (c) of Article 298 of the Convention*”. Disponível em: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China%20after%20ratification. Acesso em: 3 jan. 2019.

³⁶ PCA. *PCA Case no. 2013-19*. In the matter of an arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the

Surpreendentemente, ainda que reconhecendo que havia uma disputa sobre soberania territorial entre as Filipinas e a China, a corte arbitral considerou que tinha jurisdição para continuar o exame do caso na fase de mérito:

There is no question that there exists a dispute between the Parties concerning land sovereignty over certain maritime features in the South China Sea. [...] The Tribunal does not accept, however, that it follows from the existence of a dispute over sovereignty that sovereignty is also the appropriate characterisation of the claims the Philippines has submitted in these proceedings. [...]

The Tribunal might consider that the Philippines’ Submissions could be understood to relate to sovereignty if it were convinced that either (a) the resolution of the Philippines’ claims would require the Tribunal to first render a decision on sovereignty, either expressly or implicitly; or (b) the actual objective of the Philippines’ claims was to advance its position in the Parties’ dispute over sovereignty. Neither of these situations, however, is the case. The Philippines has not asked the Tribunal to rule on sovereignty and, indeed, has expressly and repeatedly requested that the Tribunal refrain from so doing. The Tribunal likewise does not see that any of the Philippines’ Submissions require an implicit determination of sovereignty.³⁷

O aspecto a destacar dessa decisão refere-se ao fato de que, ao analisar aonde de fato a controvérsia recaia, a corte arbitral deu mais peso ao enquadramento dos pedidos apresentados pelas Filipinas do que propriamente a questão central da arbitragem, a disputa sobre a soberania territorial de inúmeras características insulares no Mar da China Meridional.

Sem entrar no mérito da questão se a interpretação do artigo 121 da CNUDM — que trata sobre as ilhas e rochedos — foi ou não correta por parte da corte arbitral, o fato que não pode ser esquecido é que a corte não poderia ter desconsiderado as disputas sobre soberania territorial no Mar da China Meridional — reconhecidas tanto pelas Filipinas como pela China — para simplesmente fazer a interpretação do artigo 121 à luz dos pleitos filipinos, como se a questão soberana fosse meramente acessória, quando de fato é a principal.

Republic of the Philippines and the People’s Republic of China, Procedural Order n. 4, 21 April 2015.

³⁷ PCA. *PCA Case no. 2013-19*. In the matter of the South China Sea arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People’s Republic of China, Award, 12 July 2016, para. 152-153.

Como apontado por Whomersley, não parece haver nenhum precedente em tribunais ou cortes internacionais em que se fez a análise da condição sobre determinada característica marítima quando a soberania territorial sobre aquela característica estava em disputa.³⁸ Isso ocorre em razão de um princípio geral do direito internacional amplamente reconhecido na doutrina do direito do mar e em diversos julgamentos da CIJ, de que “a terra domina o mar” (*the land dominates the sea*), ou seja, é o território terrestre que confere ao Estado costeiro o direito às águas que banham seu litoral.³⁹

Esse aspecto também foi realçado por Proelss ao examinar a arbitragem do Mar da China Meridional:

[...] it is difficult to see, in light of the “land dominates the sea” principle on which entitlement to maritime zones is based under the regime of the Convention, how that dispute can be decided without prior decision on the question whether the coastline, or island respectively, is covered by the territorial sovereignty of the applicant or respondent – a fact that would then make it necessary for the tribunal to determine the relative weight of the dispute. Thus, while it is arguably possible to separate the question whether an insular structure ought to be qualified as “island” or “rock” under Art. 123 UNCLOS [sic] [...] this does not apply to the issue of entitlement to maritime zones if and to the extent to which the territorial status of the relevant coastline or insular feature is under dispute.⁴⁰

No laudo arbitral sobre jurisdição e admissibilidade, dos quinze pedidos filipinos, somente em três deles a corte arbitral entendeu, de maneira inequívoca que tinha jurisdição, os demais seriam analisados juntamente às questões de mérito. Posteriormente, no laudo arbitral de mérito, a corte entendeu que não tinha jurisdição apenas sobre um dos pleitos que envolvia atividades militares nos termos do artigo 298.1(b) da CNUDM e da declaração da China de 2006.

³⁸ WHOMERSLEY, Chris. The South China Sea: The Award of the Tribunal in the Case Brought by Philippines against China – A Critique. *Chinese Journal of International Law*, n. 15, p. 252, 2016.

³⁹ Como considerado no julgamento do caso “Catár vs. Bahrein” pela CIJ: “maritime rights derive from the coastal State’s sovereignty over the land, a principle which can be summarized as ‘the land dominates the sea’ [...] it is thus the terrestrial territorial situation that must be taken as starting point for the determination of the maritime rights of a coastal State”. ICJ. Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, ICJ Reports 2001, para. 185.

⁴⁰ PROELSS, Alexander. The Limits of Jurisdiction *Ratione Materiae* of UNCLOS Tribunals. *HitoSubashi Journal of Law and Politics*, v. 46, p. 55-56, 2018.

4.3 Disputa Relativa aos Direitos do Estado Costeiro no Mar Negro, Mar de Azov e Estreito de Kerch (Ucrânia vs. Rússia)

Em 16 de setembro de 2016, a Ucrânia iniciou o procedimento arbitral nos termos do anexo VII da CNUDM contra a Federação Russa por alegadas violações aos seus direitos como Estado costeiro relativos às zonas marítimas adjacentes no Mar Negro, no Mar de Azov e no Estreito de Kerch, ou seja, na região da Crimeia.⁴¹ Portanto, em algum momento no curso da arbitragem, a corte terá de enfrentar a questão se e em que medida uma decisão de mérito exigiria também a análise sobre a soberania da Crimeia.⁴²

A origem da crise envolvendo a Crimeia data de dezembro de 2013 quando se iniciaram os protestos em Kiev contra o então presidente ucraniano Viktor Yanukovich, oportunidade em que este decidiu rejeitar um acordo com a União Europeia que possibilitaria uma futura adesão do país ao bloco europeu. Depois de incessantes protestos nos meses seguintes, Yanukovich foi destituído em fevereiro de 2014. Poucos dias depois, forças apoiadas pela Rússia assumiram o controle da península da Crimeia. Em março de 2014, foi realizado um referendo na Crimeia que aprovou a independência da península e requisitou sua incorporação à Rússia. Dias

⁴¹ Há outros dois procedimentos internacionais envolvendo ucranianos e russos sobre a mesma região. Em 16 de janeiro de 2017 a Ucrânia solicitou a instauração de um processo contra a Federação Russa na CIJ (*Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Ukraine v. Russian Federation*). Em 29 de novembro de 2018 a Ucrânia apresentou um pedido na Corte Europeia de Direitos Humanos (*Application no. 55855/18, Ukraine v. Russia (VIII)*) depois do incidente envolvendo navios estatais da Ucrânia e da Rússia nas proximidades da entrada do Estreito de Kerch no dia 25 de novembro de 2018.

⁴² A Ucrânia indicou o professor Vaughan Lowe e a Rússia o então juiz do TIDM Vladimir Golitsyn. Os outros três membros foram indicados seguindo o previsto no artigo 3.2 do Anexo VII a CNUDM, todos juizes do TIDM: Boulaem Bouguetaia, Alonso Gomez-Robledo e Jin-Hyun Paik (presidente). Como mencionado por Tzeng a composição dessa corte arbitral é melhor do que a da arbitragem envolvendo Filipinas e China, seja porque nenhum dos escolhidos tenha uma tendência pró-jurisdicional reconhecida, seja pelo aspecto da diversidade geográfica. Entretanto, o “elefante na sala” seria que o juiz Bouguetaia, como presidente do TIDM, indicou a si mesmo para compor a corte, ainda que não haja qualquer impedimento legal e não se trate de um caso original, já que o juiz Golitsyn também se auto indicou como membro e presidente da corte arbitral no caso “Enrica Lexie” (Itália vs. Índia). TZENG, Peter. Ukraine v. Russia and Philippines v. China: Jurisdiction and Legitimacy. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 46, n. 1, p. 18-19, 2017.

depois, o presidente russo Vladimir Putin formalizou a anexação da Crimeia à Rússia. Desde então a península tem estado sob administração russa, mas a Ucrânia considera que a região continua a fazer parte do seu território sob o direito internacional.⁴³

Diferentemente de outras arbitragens, as peças escritas submetidas tanto pela Ucrânia como pela Rússia permanecem confidenciais. Dessa forma, até o momento, não se conhecem exatamente os pedidos formulados pela Ucrânia, mas, com base nas declarações de autoridades ucranianas, é possível depreender que o país considera que a Rússia violou os direitos ucranianos estabelecidos na CNUDM referentes às atividades no Mar Negro, no Mar de Azov e no Estreito de Kerch, em especial questões que envolvem a tomada e exploração de campos petrolíferos na plataforma continental da Ucrânia, usurpação da jurisdição de pesca na costa da Crimeia, navegação através do Estreito de Kerch, a construção de uma ponte em Kerch e outras estruturas afins e a realização de estudos em sítios históricos e arqueológicos no Mar Negro.⁴⁴

É possível inferir que a Ucrânia tenha formulado seus pleitos muito influenciada no que foi decidido nas duas arbitragens anteriores, ou seja, buscando caracterizar a disputa o mais próximo possível da “interpretação ou aplicação da Convenção”. A Ucrânia, como Maurício, está reivindicando seus direitos como “Estado costeiro” sobre as zonas marítimas adjacentes à península da Crimeia.⁴⁵

Além disso, é possível concluir, também, que a Ucrânia tenha tentado caracterizar seus pleitos de forma que a questão sobre a soberania territorial da Crimeia fosse apenas “acessória” e não constituísse o “próprio objeto” da controvérsia, de forma a enquadrar os pedidos o mais próximo dos termos da opinião divergente de Katteka e Wolfrum na “Arbitragem sobre a Área Marinha Protegida de Chagos” e do laudo arbitral na “Arbitragem do Mar da China Meridional”.

A partir da decisão da corte arbitral de 20 de agosto de 2018 que bifurcou o caso, é possível identificar seis objeções preliminares formuladas pela Rússia. A primeira e mais importante delas considera que a corte arbitral não tem jurisdição porque os pleitos ucranianos tratam na realidade sobre a soberania da Crimeia e, consequentemente, a disputa não é sobre “a interpretação ou aplicação da Convenção” nos termos do artigo 288.1 da CNUDM. A segunda afirma que as águas do Mar de Azov e do Estreito de Kerch são águas interiores — um tema não regulado pela Convenção — e que o Estreito de Kerch não é um estreito disciplinado pela CNUDM. A terceira objeção rejeita a jurisdição da corte arbitral porque a disputa envolve recursos vivos da ZEE e, portanto, excluída da jurisdição da corte pela “limitação automática” imposta pelo artigo 297.3(a) da Convenção. A quarta baseia-se nas declarações ucranianas e russas feitas no âmbito do artigo 298.1 da CNUDM, o que excluiria a jurisdição da corte arbitral. A quinta objeção refere-se ao fato de que ambas as partes escolheram a arbitragem especial no âmbito do anexo VIII para assuntos referentes à pesca, proteção e preservação do meio marinho, investigação científica marinha e navegação, dessa forma excluindo a jurisdição da corte arbitral sobre esses temas. E, por fim, a sexta objeção russa menciona que os dispositivos sobre resolução de controvérsias inscritos no “Tratado entre a Ucrânia e a Federação Russa sobre a fronteira territorial russo-ucraniana (2003)” e no “Tratado entre a Ucrânia e a Federação Russa sobre cooperação no uso do Mar de Azov e no Estreito de Kerch (2003)” excluem a jurisdição da corte arbitral em razão do previsto no artigo 281 da Convenção.⁴⁶

As objeções formuladas pela Rússia ainda indicam que, mesmo que alguns dos pleitos ucranianos recaiam sobre dispositivos da Convenção, a corte arbitral não teria jurisdição sobre esses pedidos sem resolver, primeiramente, a questão da soberania territorial sobre a Crimeia. Esse aspecto é especialmente relevante em casos em que uma das partes baseia seus pedidos em direitos do Estado costeiro em zonas marítimas, isso porque esses direitos decorrem de títulos originários no

⁴³ SLOBODA, Pedro Muniz. Anexação da Crimeia pela Rússia: uma análise jurídica. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. 13, p. 2, 2014.

⁴⁴ SCHATZ, Valentin; KOVAL, Dmytro. *Insights from the Bifurcation Order in the Ukraine vs. Russia Arbitration under Annex VII of UNCLOS*. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/insights-from-the-bifurcation-order-in-the-ukraine-vs-russia-arbitration-under-annex-vii-of-unclos/>. Acesso em: 3 jan. 2019.

⁴⁵ TZENG, Peter. *Ukraine v. Russia and Philippines v. China: Jurisdiction and Legitimacy*. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 46, n. 1, p. 5, 2017.

⁴⁶ PCA. *PCA Case no. 2017-06*. In the matter of an arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between Ukraine and the Russian Federation in respect of Dispute Concerning Coastal States Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait, Procedural Order no. 3 (Regarding Bifurcation of the Proceedings), 20 August 2018.

território, ou seja, o princípio de que “a terra domina o mar” (*land dominates the sea*).⁴⁷

Com a decisão de bifurcar o caso, a corte arbitral abriu prazos para submissões e observações da Ucrânia (27 de novembro de 2018), réplica da Rússia (28 de janeiro de 2019) e tréplica da Ucrânia (28 de março de 2019).⁴⁸ Após a análise das submissões escritas por ambas as partes e de uma possível audiência, a corte arbitral deverá apresentar um laudo arbitral sobre jurisdição e admissibilidade.

Ainda que nessa futura decisão a corte arbitral conclua que precise decidir sobre questões de soberania territorial, isso não significa, automaticamente, que a corte não tenha jurisdição sobre os pleitos ucranianos, mas nessa hipótese a corte arbitral teria três possíveis cenários a seguir: i) poderia aplicar o teste estabelecido no laudo da “Arbitragem da Área Marinha Protegida de Chagos”, ou seja, “*evaluates where the weight of the Parties’ dispute lies*”; ii) poderia aplicar o teste proposto na opinião divergente de Kateka e Wolfrum e entender que tem jurisdição, desde que considere que existe um nexo entre as questões de soberania e as reivindicações ucranianas com relação à interpretação e aplicação da CNUDM; ou, iii) poderia estabelecer seu próprio teste, partindo integralmente dos testes anteriormente mencionados ou mesmo encontrando uma fórmula para combina-los.⁴⁹

No entanto, assim como ocorreu nas arbitragens anteriormente examinadas, os pleitos da Ucrânia parecem indicar um peso considerável sobre a disputa territorial, sendo a questão dos direitos sobre as zonas marítimas mais uma tentativa de caracterizar as submissões no marco legal da “interpretação e aplicação da Convenção”. Se isso ocorrer, a corte arbitral concluirá que “o

peso da disputa recai” na disputa sobre soberania territorial da Crimeia e, portanto, além do escopo jurisdicional da corte arbitral. Se assim decidir, a corte arbitral ainda contribuirá para tornar o laudo arbitral do caso do Mar da China Meridional ainda mais incompreensível.

5 Considerações finais

Os três casos apresentados nesse artigo apontam para a tensão existente entre obrigação que a corte arbitral constituída sob o anexo VII da Convenção tem de exercer plenamente sua jurisdição e a obrigação de respeitar os limites do consentimento dos Estados aos procedimentos compulsórios conducentes a decisões obrigatórias.

No primeiro caso analisado (“Arbitragem sobre a Área Marinha Protegida de Chagos”), a corte arbitral entendeu que os pedidos do Estado demandante estavam relacionados à questão da soberania e, consequentemente, não havia jurisdição para examinar os dois primeiros pedidos de Maurício. Em sentido contrário, no segundo caso estudado (“Arbitragem do Mar da China Meridional”), a corte arbitral colocou mais peso no enquadramento feito pelo Estado demandante do que propriamente aonde recaia “o peso da disputa” e entendeu que tinha jurisdição sobre a grande maioria dos pedidos formulados pelas Filipinas.

A contradição dos laudos arbitrais é considerável no tocante ao tratamento das disputas mistas e suscitou ainda mais dúvidas e debates na doutrina jurídica sobre a competência dos órgãos adjudicantes criados pela CNUDM para lidar com essas questões. Foi possível constatar que a discussão sobre os limites jurisdicionais para julgar as disputas que envolvem questões de direito do mar, mas também aspectos de soberania territorial permanece controversa.

Em relação ao terceiro caso examinado, a expectativa é que a arbitragem contribua para o debate sobre os limites dos órgãos adjudicantes da Convenção sobre as disputas mistas. Nesse sentido, o futuro laudo arbitral sobre jurisdição e admissibilidade, resultante da decisão de bifurcar o caso, muito possivelmente considerará com muito cuidado a caracterização da disputa. Se seguir o entendimento da “Arbitragem sobre a Área Marinha Protegida de Chagos”, a tendência é que a corte arbitral decida que não tem jurisdição sobre o caso

⁴⁷ SCHATZ, Valentin; KOVAL, Dmytro. *Insights from the Bifurcation Order in the Ukraine vs. Russia Arbitration under Annex VII of UNCLOS*. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/insights-from-the-bifurcation-order-in-the-ukraine-vs-russia-arbitration-under-annex-vii-of-unclos/>. Acesso em: 3 jan. 2019.

⁴⁸ PCA. *PCA Case no. 2017-06*. In the matter of an arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between Ukraine and the Russian Federation in respect of Dispute Concerning Coastal States Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait, Procedural Order no. 4 (Regarding the Timetable for the Parties’ Written Pleadings on Jurisdiction), 27 August 2018.

⁴⁹ VOLTERRA, Robert G.; MANDELLI, Giorgio F.; NISTAL, Álvaro. The Characterisation of the Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 33, p. 8-9, 2018.

ou, no mínimo, sobre a maioria dos pedidos formulados pela Ucrânia. Por outro lado, se seguir a linha da “Arbitragem do Mar da China Meridional”, existe uma probabilidade expressiva de que a corte arbitral entenda que tem jurisdição sobre a disputa entre Ucrânia e Rússia.

Referências

- BUGA, Irina. Territorial Sovereignty Issues in Maritime Disputes: A Jurisdictional Dilemma for Law of the Sea Tribunals. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 27, p. 59-95, 2012.
- CHINA. *Position Paper of the Government of the People's Republic of China on the Matter of Jurisdiction in the South China Sea Arbitration Initiated by the Republic of the Philippines*. Disponível em: http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1217147.shtml. Acesso em: 3 jan. 2019.
- DE SANTO, E. M.; JONES, P. J. S.; MILLER, A. M. M. Fortress Conservation at Sea: A Commentary on the Chagos Marine Protected Area. *Marine Policy*, v. 35, p. 258-260, 2011.
- International Court of Justice (ICJ). Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, ICJ Reports 2001.
- KARAMAN, Ygor V. *Dispute Resolution in the Law of the Sea*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.
- LOW, Jocelyn Chan. The making of the Chagos Affair: myths and reality. In: EVERS, Sandra J. T. M.; KOOY, Marry (ed.). *Eviction from the Chagos Islands: Displacement and Struggle for Identity Against Two World Powers*. Leiden: Brill, 2011. p. 61-79.
- OXMAN, Bernard H. Courts and Tribunals: The ICJ, ITLOS, and Arbitral Tribunals. In: ROTHWELL, Donald R.; OUDE ELFERINK, Alex G.; SCOTT, Karen N.; STEPHENS, Tim (ed.). *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 394-415.
- Permanent Court of Arbitration (PCA). *PCA Case no. 2011-03*. Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom), Dissenting and Concurring Opinion. Judge James Kateka and Judge Rüdiger Wolfrum.
- Permanent Court of Arbitration (PCA). *PCA Case no. 2011-03*. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011.
- Permanent Court of Arbitration (PCA). *PCA Case no. 2011-03*. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Procedural Order no. 2 (Application to Bifurcate Proceedings), 15 January 2013.
- Permanent Court of Arbitration (PCA). *PCA Case no. 2011-03*. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Award, 18 March 2015.
- Permanent Court of Arbitration (PCA). *PCA Case no. 2013-19*. In the matter of an arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China, Award on Jurisdiction and Admissibility, 29 October 2015.
- Permanent Court of Arbitration (PCA). *PCA Case no. 2013-19*. In the matter of the South China Sea arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China, Award, 12 July 2016.
- Permanent Court of Arbitration (PCA). *PCA Case no. 2017-06*. In the matter of an arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between Ukraine and the Russian Federation in respect of Dispute Concerning Coastal States Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait, Procedural Order no. 3 (Regarding Bifurcation of the Proceedings), 20 August 2018.
- Permanent Court of Arbitration (PCA). *PCA Case no. 2017-06*. In the matter of an arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982

United Nations Convention on the Law of the Sea between Ukraine and the Russian Federation in respect of Dispute Concerning Coastal States Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait, Procedural Order no. 4 (Regarding the Timetable for the Parties' Written Pleadings on Jurisdiction), 27 August 2018.

PROELSS, Alexander. The Limits of Jurisdiction *Ratione Materiae* of UNCLOS Tribunals. *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, v. 46, p. 47-60, 2018.

QU, Wensheng. The Issue of Jurisdiction Over Mixed Disputes in the Chagos Marine Protection Area Arbitration and Beyond. *Ocean Development & International Law*, v. 47, n. 1, p. 40-51, 2016.

RAO, Patibandla Chandrasekhara. Law of the Sea, Settlement of Disputes. *Max Planck Encyclopedia of International Law*. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/home/epil>. Acesso em: 3 jan. 2019.

SCHATZ, Valentin; KOVAL, Dmytro. *Insights from the Bifurcation Order in the Ukraine vs. Russia Arbitration under Annex VII of UNCLOS*. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/insights-from-the-bifurcation-order-in-the-ukraine-vs-russia-arbitration-under-annex-vii-of-unclos/>. Acesso em: 3 jan. 2019.

SILVA, Alexandre Pereira da. Aspectos jurídicos e políticos das disputas no Mar da China Meridional. In: LIMA, Marcos Costa (org.). *Perspectivas Asiáticas*. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2016. p. 271-297.

SILVA, Alexandre Pereira da; PEREIRA, Mariana Yante Barrêto. "Fundos abutres" *vs.* Estados nacionais: soberania e atuação do Tribunal Internacional do Direito do Mar a partir do caso da fragata Libertad. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 138-152, 2013.

SLOBODA, Pedro Muniz. Anexação da Crimeia pela Rússia: uma análise jurídica. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. 13, p. 1-22, 2014.

TZENG, Peter. Ukraine v. Russia and Philippines v. China: Jurisdiction and Legitimacy. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 46, n. 1, p. 1-19, 2017.

UNITED NATIONS. United Nations Treaty Collection. *Status of Treaties*. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en. Acesso em: 3 jan. 2019.

VOLTERRA, Robert G.; MANDELLI, Giorgio F.; NISTAL, Álvaro. The Characterisation of the Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 33, p. 1-9, 2018.

WHOMERSLEY, Chris. The South China Sea: The Award of the Tribunal in the Case Brought by Philippines against China – A Critique. *Chinese Journal of International Law*, n. 15, p. 239-264, 2016.

WOLFRUM, Rüdiger. *Statement by the President of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Informal Meeting of Legal Advisers of Ministers Foreign Affairs*. New York, 23 October 2006. Disponível em: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/legal_advisors_231006_eng.pdf. Acesso em: 3 jan. 2019.

YEE, Sienho. The South China Sea Arbitration (The Philippines v. China): Potential Jurisdictional Obstacles or Objections. *Chinese Journal of International Law*, v. 13, p. 663-739, 2014.

Agradecimentos

O autor expressa seu agradecimento ao China Institute of Boundary and Ocean Studies (CIBOS) da Wuhan University pelo apoio institucional para escrever esse artigo.